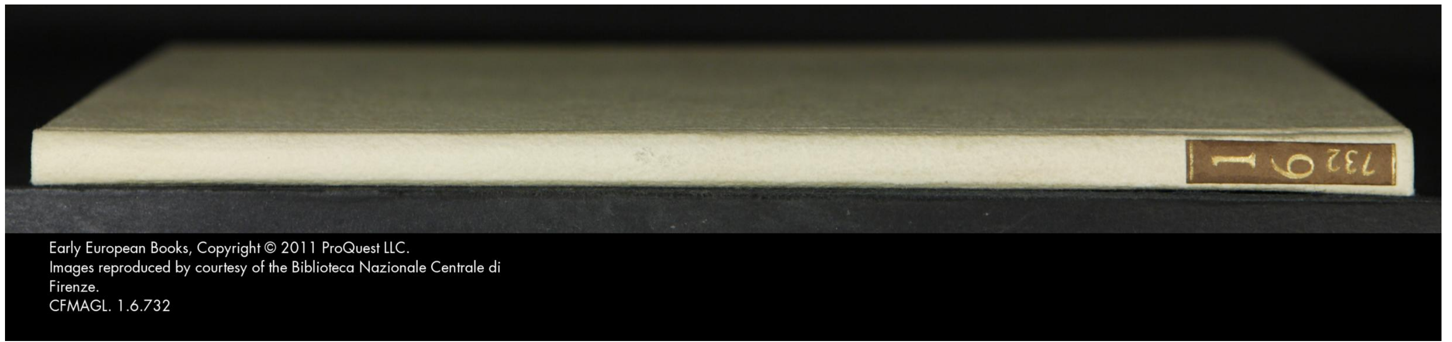








PETRI A ROTIS LEGVM CIVILIVM IN ACADEMIA VIENNEN. PRIMARII PROFESSORIS.

AD L. GALLVS, DE LIBERIS ET POSTVMIS.

Commentarius.

VIENNÆ AVSTRIÆ, EXCVDEbat Caspar Scainhofer.

M. D. LXVIII.



ILLVSTRISSIMO PRINCIPI, DOMINO THOMÆ COMITI de Suſſex, Vicecomiti Fitzvvalter, Domino de Aigromonte & Burnello, Illuſtriſsimi Ordinis Anglici Equiti aurato, Supremo nemorum & ſyluarum, citra, et trans fluuium de Trent, Capitaneo, Sereniſsimæ Reginæ Angliæ ad Imp: Maieſtatem Oratori. Do: & Patrono ſuo. Petrus à Rotis, LL. Imp: primarius Profeſſor S, P. P.

VEra eſt ſententia Illuſtriſsime Princeps, quod ortus noſtri partē patria, partem parentes, partem amici vendicent. Ideo enim in hoc mundo collocati videmur, vt communicatione officiorum, alter alteri adſimus: nemo enim eſt, qui etiam ſi in aliquo abundet, in alio defectum non experiatur, qui itaq; plus alijs in commune conferunt, optimè de Repub: & ſocietate hominum mereri videntur. Quæ ſententia cum mihi in ætate viridiori, tum à parentibus, tum à præceptoribus indita eſſet, & nihil in me viderem, quo peculiariter de alijs bene mereri poſſem, ita me ad ſacrū Iuris ſtudiū, quo natura ferebar accendit, & extimulauit, vt conquieſcendum mihi non putarem, niſi in eo aliquid conſequutus eſſem, in quo licet aut nihil

21

aut ſaltem parũm mhi tribuere poſsim, tamen ſtudium meum, & volun〈t〉as de alijs bene merendi, rectè damnari non poſſunt: eo enim conſilio ad Ius me applicaui, vt ſi quam eius cognitionem aſſequi poſſem, eam alijs aut impartirer, aut aliâs ad communem vtilitatem, et iuſticiam promouendam ea vterer. Cum itaque tandem a diuo quondam Imperatore Ferdinando, principe optimo & ſanctiſsimo, Iuris ciuilis profeſsio primaria mihi in hac vniuèrſitate Viennenſi collata fuiſſet, ei prò viribus meis qualibuscunque, & menſura gratiæ diuinæ hîc mihi collata, ad Iuris ſtudioſorum vtilitatẽ me accommodaui: an finem meum aſſecutus fuerim, candidi iudicent, in ſtudio ſane & voluntate nihil mihì defuit. Porro cum plurimæ in immenſo Iuris ciuilis pelago materiæ extent, à gloſſatoribus deprauatæ, ad ſenſum alienum detortæ, & ſubinde non intellectæ, cum in aliquem eiuſmodi locum incidi, mearum eſſe partium exiſtimaui, diligenter veritatem inquirere, eamq; ſi per me inueniri potuit, auditoribus meis detegere, et indicare, quæ res in receſſu plus operæ et laboris, quã oſtentationis habet: nam vt hodie quorundã ſunt iudicia, Ius in ſcholis rectè tradi nõ videtur, niſi magnifico illo apparatu (vt appellant) tractetur, & ex mente Accurſij & aliorum eiusdem aſſeclarum explicetur, ac

ſi ad Ius intellectum adferre & non potius referre debeamus, à qua ſententia, Iuris in vniuerſum ita neceſſario tractandi, tantum abſum, quam ea à vero abeſſe dignoſcitur. Simplicitas enim, & veritas mihi in rebus explicandis gratior, & potior eſt, ſicubi itaque gloſſas errare deprehendo, ab ijs libenter recedo, et puritati texus adhæreo. Qua in re laudo qui hodie, & in Germania, Italia, & maximè Gallia ius ciuile excolũt, et expoliunt, quorũ opera dũ quotidie in diuerſis Iuris partibus eduntur, alijs imitãdi exemplum proponere videntur. Cum itaq; inter legendum, in varijs Iuris articulis aliter ſenſiſſem & docuiſſem, quam à doctoribus noſtris traditum eſt, inter cætera etiam materia formulæ Aquilianæ examinanda venerat, quæ depulſis erroribus, nebulis, & nugis, quibus eam gloſſographi infarſerunt, facilis, clara, & expedita eſt, præcipua autem difficultas quæ in hac materia fuiſſe videbatur, conſiſtebat in vera poſtumorum explicatione, definitione, & diuiſione, item in inquiſitione cauſæ, quæ poſtumum alienum heredem teſtatoris fieri non permittebat. Effeci itaque vt ſpero ſolis textibus iuris adiutus, & Iacobi Cuiacij præcipui noſtri tẽporis Iuriſconſulti admonitione aliqua confirmatus, vt iam ſtudioſi ſcire poſsint, qui ſint poſtumi ſui, qui alieni, & qui extranei, & quæ inter poſtumos alienos

5

& extraneos sit differentia, quam affirmare ausim et Accursio, et eius sequacibus ignotam fuisse. Porro liberæ eiusmodi sententiæ, pro veritatis tutela emissæ, stomachum ijs mouere solent, qui se totos glossis addixerunt, & deuouerunt, apud eos enim veritas odium parit, dolent enim eam artem quam solam norunt, non ab omnibus approbari. Sciunt enim, quod si veritas tandem superior euaderet, futurum vt existimatio eorum, & opinio ostentatæ eruditionis aut attereretur, aut in nihilũ redigeretur. Quocirca necessarium propemodum videtur, vt si quis studio iuuandæ iuuentutis, & veritatis propagandæ, aliquid emissum velit, patronum sibi quærat, cuius autoritate aduersus eiusmodi calumniantium morsus, tutus esse possit. Quocirca hic idem mihi faciendum existimaui, & dum vndique circumspicio, quem mihi potissimum parem patronum, inter alios Illustrissime princeps, ipse mihi occurristi, quod ea virtutum tuarum propter quas nõ solum apud tuos Anglos, verũetiam apud plurimas nationes externas, summo in honore, & loco constitutus es laus de cantatissima sit, quod veritatis, & iusticiæ amantissimus, & obseruantissimus esse cognoscaris: accedit etiam eo, quod cum ea qua es humanitate singulari, me tibi ignotum summo fauore, & beneuolentia prosequutus sis,

vnde

vnde vicissim aliquam grati animi significationem à me tibi exhiberi, honestas postulauit. Breuem itaq; hanc, sed claram, & perspicuam vt spero, legis Gallus explicationem, tibi dedico, & offero, munus quidem mihi magis conueniens, quam tibi necessarium, cum tibi ijs nostris domi meliora nascantur: oro simul, vt in ea qua me complecti dignatus es beneuolentia, & fauore, retineri me patiaris. Vale. Viennæ Austriæ 18. Ianuarij Anno

M. D. LXVIII.

vnde vicissim aliquam grati animi significationem à me tibi exhiberi, honestas postulauit. Breuem itaq; hanc, sed claram, & perspicuam vt spero, legis Gallus explicationem, tibi dedico, & offero, munus quidem mihi magis conueniens, quàm tibi necessarium, cum tibi ijs nostris domi meliora nascantur: oro simul, vt in ea qua me complecti dignatus es beneuolentia, & fauore, retineri me patiaris. Vale. Viennæ Austriæ 18. Ianuarij Anno

M. D. LXVIII.

FActurus formulæ Aquilianæ interpretationẽ, omnino ostendendum existimaui Quid sit postumus, quot sint postumorum genera, quod ius circa postumorum institutionẽ olim fuerit, et hodie sit, Postumos autem dicimus eos dumtaxat, qui post mortem parentis nascuntur [a] Quanquã non ignorem vlpianũ libro tertio ad sabinum, de postumis per virilem sexum descendentibus ex proposito solum agere: tamen elegantissima hæc definitio tam latè patet, vt ambitu suo omnes postumorum species comprehendat. Per voculam autem (eos) gen9 definiti intelligem9, liberos sc3, omnis enim postumus ex numero liberorũ est, quod aliunde ex eodẽ vlp haberi potest, dum de cura prætoris circa liberos habita ita differit: Sicuti liberorum eorum, qui iam in rebus humanis sunt, curã prætor habuit, ita etiam eos qui nondum nati sunt propter spem nascendi non neglexit. [b] Ex quibus verbis eum intelligimus talem liberorum distinctionem facere, quod alij sint in rebus humanis, alij in vtero sint & sperentur nascituri. At dum ea spes in effectum deducitur, isti liberi necessario postumi nascuntur respectu sc3 parentis prædefuncti. Adiecit porro definitioni suæ voculam (dũtaxat) vt admoneremur, eos qui loco postumorum sunt, in numero verorum postumorum non haberi. Postumorum autem loco sunt hi, qui in sui heredis locum succedendo, quasi agnascendo, fiunt

a l. 1. § postumos. de in iust. rupt.

b l. 1. de ven. in poss.

5

a l. postumorum d. tit. parentibus sui heredes, a qui quia iam viuo parente nati sunt, postumi esse non possunt. Ad hos autē loco postumorum constitutos pertinet secundum caput legis Velleæ, vt infra suo loco ostendetur. Subiecit porro voculā (parētis) vt moneamur alium neminem postumū dici, quam qui ad parentem præmortuum referatur, vt merito eorum explodenda sit opinio, qui postumum alienum eum etiam definiant, qui extra testatoris potestatem, familiam, & agnationem inuenitur, eoq; sensu etiam Iauolenum alibi interpretentur, b quo nihil ineptius, nihil absurdius, & magis iuri contrarium afferri posset. Sed in progressu, vana eiusmodi commenta facile discutiētur. Firmiter itaq; tenēda est postumorum definitio, ne vllum omnino postumum credamus, qui non referatur ad parentem præmortuum, quo viuo conceptus erat, quiq; eiusdem parentis respectu, inter cognatos inferioris ordinis non reperiatur. In parente autem nullā distinctionē facio, an sc3 sit naturalis tātū, vt auia, auus maternus, proauia, proauus maternus, et alij infiniti: An legitimus, vt auus, pro auus adoptius, etc: An naturalis & legitimus simul, vt patresfamilias, pater sc3, auus, proauus, abauus, etc. ex linea masculina. Porro mater postumū habere filium non potest, qui enim execto matris vtero extrahitur, nō nascitur, aliud enim est nasci, aliud extrahi, similis tamen postumo est quoad ius. a ex his itaq; perspicuum euadit, nullum tibi futurum postumum, nisi qui sit ex liberis tuis futurus. Debet enim postumus tuus

b l. eius seruum. de her. Inst.

a l. postum⁹ § simili modo de inoff:

tuus, aut ex te, aut ex liberis tuis, te viuo, conceptus eſſe. Quemadmodum itaq; alicui parenti ſuperſtiti, multorum graduum liberi eſſe poſſunt, vt filij, filiæ, nepotes, neptes, pronepotes, proneptes, et deinceps: Ita etiam alicui parenti præmortuo, multorum graduum poſtumi contingere poſſunt, vt poſtumi filij, filiæ b, poſtumi nepotes, neptes, poſtumi pronepotes, proneptes, et deinceps c. Et quanquam propter patriam poteſtatem, ſæpius in iure fiat mentio poſtumorum virilis ſexus: d tamen reſpectu parentum fœminei ſexus, qui poſt eorum mortem naſcuntur, etiam poſtumi ſunt, & nominari debēt. Si enim qui viuis parentibus fœminei ſexus naſcuntur, liberi eorum recte nominantur, e cur iiſdem parentibus mortuis nati (ſi dum ipſi viuerent concepti erant) poſtumi eorundem non dicantur? Id enim & ratio poſtulat, & definitio ab Vlp. tradita f admittit, & natura eiuſmodi liberos ſubinde producit, quibus nomē aliquod differens ab alijs liberis merito dandum erat, & ſane liberi noſtri ſuperſtites, & liberi noſtri poſtumi, tantũ in eo differunt, quod illi viuis nobis concepti, & nati fuerint, hi autem viuis nobis tantum concepti, mortuis autem nobis nati. Et hæc de definitione poſtumorũ. Nũc ad poſtumorum diuiſionem accedamus. Vlpianus alibi teſtatum reliquit, a Iure naturali nullam hominum inter ſe diſtinctionem, inductā fuiſſe, quippe quod omnes vno naturali nomine homines appellaremur: Iure gētium *autē*

b toto fere tit. de lib. et poſt.
c per totam hanc legem.
d l. poſtumi de Iniuſt. rupt. et toto fere tit: de lib: & poſth.
e L: 1. de grad: & aff.
f d. l. 3. § poſtumus de Iniuſt: & rupt: & irrit.
a l. 4. de Iuſt & Iur.

6

tria gnā esse cœpisse, liberos, et his cōtrarium seruos, & tertium genus libertinos, id est hi qui desierant esse serui b, eodē prorsus modo iure naturali nulla inter liberos conditionis distinctio inuēta fuit, quippe quod omnes vno naturali nomine liberi appellarētur: Iure ciuili autem quod patriam potestatem induxit, mortuis parentibus tria postumorum gnā, quæ in considerationem iuris veniant, esse cœperūt, postumi sc3, extranei, et his contrarium alieni, & tertium genus postumi sui, id est hi qui desierant esse alieni, Dixi (quæ in cōsiderationem iuris veniāt), nam aliàs inueniretur quarta species postumorum, vt exempli gratia, Caius habet in potestate filium Sempronium, Sempronius grauida vxore decedit, Sēpronio mortuo nascitur Mœuius, qui respectu Sempronij patris postumus nascitur, non extraneus, quia nascitur, in familia, & potestate Caij aui, in cuius potestate Sempronius mortuus fuit, nec item respectu sempronij patris nascitur alienus, qui enim alienus postumus nascitur nunquam primum, sed aut secundum, aut vlteriorem liberorum gradum obtinet, quemadmodum infra fusius declarabitur, at Mœuius hic respectu Sempronij patris primū liberorum locum obtineret. Item nec respectu patris Sempronij postumus suus dicitur, cum is demum suus nascatur qui per mortem parentis sui iuris efficitur. At per mortem Sempronij patris sui iuris effectus non est, cum sit natus in potestate Caij aui, Restat itaq; talem postumū in generis sui nomine stare

b d l. 4. & Iustit. de libertí.

quem-

quemadmodũ aliquàdo Adoptio, cognatio, Iurisdictio et alia sexcẽta passim in Iure obuia. Sed cũ hi postumi in Iuris considerationem non veniant, mirum videri non debet si ijs peculiare nomen datum non fuerit,

POstumi extranei sunt, qui extra potestatem parentis concepti & nati sunt, quæ desinitio Iustiniani sententiæ congruit, dum ait Liberos nostros qui in potestate nostra non sunt heredes institutos extraneos heredes videri [a]. Qua de causa & qui heredes a matre instituuntur eodem numero sunt, quia fœminæ in potestate liberos non habent. Quod autem de liberis in genere verum est, & in postumis, qui (vt supra dictum est) liberorum species cognoscuntur, verificabitur. Arguit itaq; hic locus eos esse extraneos postumos, qui in potestate non sunt. Iustinianus etiam alibi ait quod ex Emãcipato filio conceptus nepos extraneus erat postumus auo, [b] quo clarius et euidẽtius exemplum habere non possumus, auus enim fingitur emãcipasse filium, vnde inter eos patriam potestatem dissolutam constat [c], ex filio demum conceptus est nepos, ea conceptio ad aui potestatem nihil prorsus spectabat, mortuus demum est auus, deinde natus nepos, nec ea natiuitas ad aui potestatem pertinebat, itaq; illi extraneus postumus merito nascebatur. Est horum itaq; postumorũ maximus numerus,

a Iustit. de her. qual. & diff:

b § postumo quoque Instit. de legat.

c Instit. quib. mod. Ius pat. pot. solu.

7

Nam inprimis postumi omnes, respectu parentũ Fœminei sexus, extranei sunt, item postumi omnes, respectu masculorum parentum per matrem ascendẽtium, extranei sunt, nisi ab ijs adoptati fuerint [a]: Item postumi concepti post parentum ipsis propinquiorum emancipationem, respectu emancipatoris parẽtis, ex tranei sunt [b], Item postumi spurij, Incestuosi, ex damnato legibus coitu nati, denique qui in potestatem nasci non possunt, respectu parentum vtriusq; sexus, extranei sint oportet. Vnde colligitur hanc postumorum extraneorum classem, longè esse amplißimã, & capacißimam: quod autem de postumis extraneis dicitur, idem & de liberis extraneis dici potest. Eadẽ enim vtrobiq; ratio est. Hos itaq; postumos extraneos nõ male vt existimo, hominibus liberis confero, quod respectu parentis de quo quæritur, patriæ potestatis seruitutem, nec conceptionis, nec natiuitatis tempore senserint.

a Instit. de adop.

b. d § postumo quoque

Postumus alienus est, qui in potestate parentis conceptus post eius mortem alienus id est alieni iuris nascitur. Ex hac definitione facile colligitur differentia alieni et extranei postumi. Extraneus enim postumus nec in potestate, nec familia parentis concipitur, nec post eius mortem in familia eiusdem nascitur: At alienus in potestate parentis concipitur, & post mortem eius, in ea potestate, & familia, quam parens reliquit, nascitur, non suus id est sui iuris, sed alienus id est alieni iuris, Itaq; inter parẽtem,

& po-

& postumum extraneum diuersæ sunt Familiæ, & iura agnationum diuersa: At inter parentem et postumum alienum, eadem est familia, & iura agnationis communia sunt. Iustinianus aliam adfert alieni postumi definitionem, a quæ tamẽ cum ista omnino cõcurrit, eius hæc verba sunt, postumus alienus est qui natus inter suos, hæres testatori futurus non est. *Qua definitione egregiè exprimitur quis sit postumus alienus, & quid is in hæreditate parentis demortui Iuris habeat. Ea enim particula qua dicit* (qui natus inter suos): *excludit postumum extraneum, & postumum suum: postumum extraneum, quod is non nascatur inter suos, id est inter eos qui communionem patriæ potestatis, familiæ eiusdem, & iuris agnationis habent. Postumũ item suum excludit, quod is non nascatur inter suos, sed ipsemet nascatur suus, id est sui iuris. differũt enim inter se, nasci suum, & nasci inter suos. Qui nascitur suus, neminem inuenit in cuius potestate nascatur, hinc necessario sui iuris est: at qui nascitur inter suos, etiã si potestas patria parentis demortui, sub qua conceptus erat soluta sit, tamẽ quia nascitur inter eos qui effecti sunt sui, b id est sui iuris, et patresfamilias, nascitur alienus, hoc est alieni Iuris, dum enim adhuc in matris vtero erat, ex potestate superioris parentis, dum moriebatur, in subsequentis parentis, & iam patrisfamilias effecti potestatem recidit, vnde etiam in ea potestate nascitur. Cur autem*

a § postumo quoq;. Instit. de legat.

b Instit. quib mod. Ius pat. pot. sol.

tem Iustinianus eum testatori heredem non futurum *dicat. postmodum suo loco explicabitur. Ex his itaq; constat postumum alienum nunquam ex liberis primi gradus posse inueniri, sed semper aut secundi, aut vlterioris gradus necessario esse. Non incōcinnè itaq;, postumi hi alieni seruis comparari possunt, cum patria potestas cuius occasione sola alieni dicuntur, magnam cum seruitute similitudinem habeat, vt & infra suo etiam loco fusius indicabitur.*

Postumus suus est, qui viuo patrefam: conceptus, post mortem eius suus, id est sui iuris, siue paterfamilias nascitur. Differt itaq; hic postumus a præmissis postumorū speciebus, ab extraneo quidē postumo, quod is vt ad parentem extraneum refertur, nō sit cōceptus in eius familia nec etiā respectu eiusdē parētis, dū nascitur, paterfam nascitur: differt itē ab alieno postumo, quod alienus postumus viuo quidē patre familias etiā cōceptus, nō tamē post mortem eius nascatur suus, siue sui Iuris siue paterfamilias, sed nascitur alienus siue filiusfamilias. Postumus itaq; suus in alia conditione nascitur quam concipitur. Hi autem postumi rectè libertinis conferri posse videntur. Quemadmodum enim libertini ex iusta seruitute manumissi liberi fiūt, [a] *ita & hi ex imaginaria seruitute patriæ potestatis per mortem patrisfam liberati sui iuris, suæ potestatis, & patresfamilias euadunt.* [b] *Et hæc de tribus*

a *Instit. de liberti. l. 4. de Iust. & Iur.*
b *Instit. quib mod. Ius*

bus postumorum speciebus quæ in iuris consideratio-
nem veniunt dicta sufficiant.

PRætereundum interim non est, licet postumus verè sit is qui post mortem parentis nascitur, tamen aliquādo in iure præsumtiuè accipi, pro eo qui nondum natus, sed nasciturus speratur, vt dum dicitur. Postumi vel Heredes instituì debent, vel exheredari [a], Item dū dicitur. Si mulier ex qua postum9 aut postuma sperabatur abortū fecerit [b] etc. Quæ loca si aliter intelligātur, impossibilitas implicabitur, cum enim postumi vere sunt nati post mortem parentis, quomodo illi à mortuo parente aut instituentur, aut exheredabuntur? Ex his itaq; constat postumum aliquando verè, aliquando præsumtiuè accipi, quod & in heredibus animaduertere licet. Heres enim suus & necessarius propriè is dicitur, qui per mortem patrisfam. [b] Heres effectus est, & sui Iuris, siue paterfamilias. Quod necessarius dicatur hoc patriæ potestatis virtuti attribuendum est. Præsumtiuè autem et heres suus dicitur, qui post mortem parentis hereditatem et familiæ præfecturam sperat, ita etiam a Iustiniano accipitur, dum ait. Sui autem & necessarij heredes sunt, veluti filius, filia, nepos neptisue ex filio, & deinceps cæteri liberi qui in potestate morientis modo fuerint, [c] nam filius & filia, nepos & neptis, & deinceps liberi

c l. 3. de Iniust. rupt.

a § post. Instit de exher lib.

b d § post. ver. ideoq; si mul.

b Instit. de hered. quæ ab intest. § ita dem. nep. &c.

c Instit. de her. qual. § sui autem

beri quamdiu ea nomina retinent, vere sui, id est, sui Iuris, siue patresfamilias non sunt, sed alieni Iuris & in potestate patria constituti. Idem de hæredibus tantum necessarijs, item de heredibus extraneis iudicium est. Vtroq; enim modo & verè & præsumtiuè sc3, passim in iure accipi prudens lector animaduertet, sed ad postumos nostros reuertamur, vbi nec hoc prætereundum videtur, fieri non posse vt idem postumus respectu diuersorum parentum, et suus & alienus nascatur. Aliâs sequeretur eundem hominem & patremfam, & filiumfam, eodē tempore fieri posse, quod & absurdum et impossibile esset. Sed id commodè fieri potest, vt idem postumus ad diuersos parentes relatus, et suus, et extraneus nascatur, vt exempli gratia, si ego paterfamilias habeam vxorem grauidam, & ante filij mei natiuitatem cum socero meo moriar, postumus ille respectu mei, nascetur suus & paterfamilias: Respectu autem soceri mei aui nempe sui materni, nascetur extraneus. Item commodè fieri potest, vt idem postumus ad diuersos iterū parētes relatus, alienus & extraneus nascatur, exempli gratia, Patrē habeo in cuius potestate dego, vxor mea etiam patrem habet, interim autē dū vxor grauida est, moritur pater meus, moritur & socer, nascitur demum mihi filius, is respectu patris mei, in cuius potestate conceptus erat, nascitur alienus, id est alieni iuris, quippe quod in potestatē meam reciderit: respectu autem soceri mei postumus exsraneus nascitur. Hæc ita fusius de postu-

postumorum generibus explicare volui, quod glossatorum nullus hanc differẽtiam animaduerterit, aut intellexerit. Quin eorum pars maxima, extraneum & alienum postumũ idẽ esse existimãt, quod tam absurdũ est, quam si hominem liberum, & seruum, eiusdem conditionis esse dicamus, in explicatione postumorum suorum satis nobiscum conueniunt, sed tamen quare sui dicantur non ostendunt.

Expositis porro postumorum generibus videamus quod Ius circa eorũ institutionem olim fuerit, et nunc sit.

ANtequam patria potestas inter Romanos inducta fuisset, postumorum nulla fuit differentia, quicunq; enim post mortem parentum nascebantur, vno & solo naturali nomine postumorum appellabantur, at postquam moribus patria potestas inducta fuerat, tria postumorum genera quæ in considerationem Iuris veniant, esse cœperunt. Extranei scz qui relati ad parentes, nec familiæ, nec agnationis, nee patriæ potestatis ius cum illis commune habebant. Extranei itaq; appellati sunt, quod alter extra alterius familiam, agnationem, & potestatem patriam constitutus inueniretur: hic autem postumus extraneus a parente heres non necessarius sed voluntarius institui poterat, nec vsquam in toto iure vestigium reperitur, hunc de quo agimus postumum institui fuisse prohibitum, & instituti postumi extranei exemplum Vlp. nobis reliquit

Postumus extraneus & potuit et pot: hæres institui

 dum

dum ait, Extraneo poſtumo hærede inſtituto non aliter venter in poſſeſsionem mittitur niſi mater aliunde ſe alere non poſsit [a]. *Porro hîc prætereundum non eſt, alibi pro extraneo poſtumo, in textu alienum legi* [b], *hoc enim modo paragraphum vicioſe conceptnm videmus.* Poſtumus autem alienus hæres inſtitui & ante poterat & nunc poteſt: *legendum enim eſt,* poſtumus autem extraneus. *hanc lectionem imprimis ſuadet aduerſatiua illa particula* autem, *egit enim prius imperator de poſtumo alieno, quemadmodum ei inutiliter legaretur, item quis eſſet Poſtumus alienus, et quemadmodum ab ipſo hoc ius correctum eſſet. Demum ſubiecit diſputationem de poſtumo extraneo, vt per antitheſin vtriusq; ſpeciei poſtumorum diuerſum ius inuoteſceret. Porro id alio argumento manifeſtiſsimum eſt. Dicitur ibi quod poſtumus alienus, heres antea inſtitui potuérit, & nunc poſsit, niſi in vtero eius ſit quæ iure noſtro vxor eſſe non poteſt: quæ lectio ſi vera ſit, impoſsibilitatem continet: nunquam enim quisquam oſtendet fieri poſſe, vt poſtumus alienus in vtero eius inueniatur, quæ iure noſtro vxor eſſe non poſsit. Omnis enim poſtumus alienus, in legitimo matrimonio concipitur, & ex eo naſcitur, quemadmodum etiam ſuus poſtumus. Patria enim poteſtas per legitimas tantum vias, & modos contrahitur: at extranei poſtumi, partim in matrimonio, partim extra matrimonium concipiuntur, & naſcuntur: Senſus itaq; illius para-*

b l extran. poſtumo: de vent: in poſſ. mitt.
b Inſtit: de lega § poſt. aut: alienus
§ Poſtumus inſtit. de leg.

graphi

graphi est, quod ij postumi extranei, qui sunt in vtero eius fœminæ quæ iure nostro vxor esse non potest, heredes insti tui nō possint, reliqui extranei postumi hæredes institui an tea potuerint, et nūc possint Eius itaq; paragraphi suæ lectioni genuinæ restituti facillimus et verissimus statim elucescit intellectus, qui ab alio Iustiniani loco [a] *ne vel in minimo discrepat. Scio quidē à glossographis horum inter se locorum cōciliationē afferri, sed ea nec cœlum nec terram attingit. Relinquitur itaq; certum, quod postumus extraneus heres antea institui potuerit, & nunc possit, nisi in vtero eius fuerit, quæ iure nostro vxor esse non posset. Nunc ad postumum alienum progrediamur.*

a Instit. de bon: poss. § nam si alien.

POstumus alienus veteri Iure à parente testatore heres institui non poterat, id Iustinianus Disertè testatur, dum inquit, Postumus alienus est qui natus inter suos, heres testatori futurus non est [b], *Item dum alibi idem ait,* Si alienus postumus heres fuerit institutus, quamuis hereditatem Iure ciuili adire non poterat, cum Institutio non valebat, honorario tamen &c. [c] *Inquirendum itaq; nobis in causam est, cur scilicet postumus alienus institui non potuerit. Hæc quæstio doctissimorum quorumq; ingenia fatigauit, nec adhuc quisquam eorum (quod sciam) rem acu tetigit An autem id ipse assecutus sim boni Iudicent. in medium interim proferam quod*

b § est autē alien. Instit. de leg.

c Instit. de bon: poss. § nam si alienn.

 sentio,

11

sentio, candidis, & de rebus bene iudicantibus non vsq; quaq; (vt spero) displiciturum, paulo autem plenius postumi definitio à Iustiniano tradita explicanda venit. ait ille, Postumus alienus est, qui natus inter suos, heres testatori futurus non est. *Quid sit natum esse inter suos ante explicauimus, quod nempe sit esse ex liberis eorum, qui per mortem testatoris, facti sunt sui, id est sui Iuris: ex quo colligitur, postumum alienum duos ad minimum ex linea masculina respicere parentes, remotiorem sc3 iam defunctum, in cuius potestate conceptus erat, & propinquiorem superstitem, in cuius potestate nascitur. Atq; hinc facile apparet, quomodo hæc postumi species ab alijs differat. Subdit imperator,* eum testatori heredem non futurum: *quæ clausula rursus differentiam huius postumi ab alijs ostendit. Nam extraneus postumus, vt iam auditum est, & antea heres institui potuit, & nunc potest: postumus autem suus, vt infra dicetur, necessario heres instituendus erat, aut ex heredandus* a. *Examinemus itaque cur postumus alienus heres testatori parenti non potuit fieri. Et breuiter, omißis ijs quæ ab alijs afferuntur, dico dubij huius solutionem ex vi patriæ potestatis pendere, de qua paulo altius quædam repetenda sunt.*

d § postumo Insti. de leg.

a Instit. de ex her. liber.

ATq; in primis certum est, etiam ante inductas in Remp. Romanam leges 12. tab. alienum postumum nec ab intestato, nec ex testamento hereditatem parentis acci-

accipere potuisse: solo potestatis patriæ iure id non admittente: cui potestati patriæ, postea, lex 12 tab. diligenter subseruiuit. Nam cum antea, eius potestatis vi, & autoritate, omnia bona parentis, primum ad liberos qui sui facti erant, ab intestato transmitterentur: Idem etiam postea lex 12 tab. constituit, vt Iustinianus. nobis testatũ reliquit.[a] ij itaq; liberi, qui sui iuris, per mortem parentis defuncti non fiebant, ex hereditate eiusdem parèntis nihil accipiebant, tota scilicet hereditate defuncti parentis ad suos heredes transmissa.

a Instit. de her. quæ ab intest. def.

EX testamento, hereditatem parentis, alienus postumus consequi non poterat: Nam parens qui inter defunctum parentem, & postumum alienum, medius inueniebatur, sui iuris effectus, obstabat quo minus alienus ille postumus aliquid ex ea hereditate, siue institutionis, siue legati titulo caperet. Non eo quidem inficias, auum familiæ principem, qui filium, & ex eo nepotem haberet, potuisse filium exheredare, & extraneum aliquem heredem instituere. Id enim indubitati iuris est: sed idem auus non potuit filium exheredare, & ex eo nepotem vtiliter instituere: quin si id factum fuisset, nepos iste, parentem inter se & auum medium, & iam per mortem aui, sui iuris effectum, sine aditione faceret heredem, et quidem necessarium: Id enim diserte ab Vlp. traditum est[b]. Cum itaq;

c. l. Qui in aliena §

interdum de acquir. her. itaq; filius exheredatus necessarius heres fiat testatori, per nepotem institutum: quis non videt, patriam potestatem, quæ necessarios facit, obstare quo minus in hoc nepote hereditas aui resideat? Quinimo in hoc casu, is qui in aliena potestate est, patrem, etiam inuitum hereditati obligat, contra eam iuris regulam quæ ab Vlp. [a] tradita est, qua dicitur, quod Qui in aliena potestate est, non potest inuitum hereditati obligare eum, in cuius est potestate, ne æri alieno pater obligetur. Potestas itaq; patria non patitur, vt testatoris hereditas, apud liberos eos quos alieni iuris relinquit, resideat. Sed dicat aliquis, Idē iuris obseruatur, extraneo nepote qui in aliena potestate est instituto: Vt si auus maternus nepotem ex filia heredem instituat, is aui hereditatem adibit, eamq; patri suo, in cuius est potestate, acquiret: Hic respondeo, patrem non necessariò & inuitum fieri heredem, sed solum modo si velit [b]: At in superiori casu, filius, vt auditum est, exheredatus, per institutionem nepotis, fieret exheredanti, etiam inuitus, heres necessarius, idq; propter autoritatem potestatis patriæ.

a d. l. Qui in aliena in princip.

b d. l. Qui in aliena

ALio item argumento probatur, alienum postumum parenti testatori heredem fieri non potuisse: Heredum enim differentiæ tres sunt: aut enim necessarij dicuntur, aut sui & necessarij, aut extranei [c]: Trium autem harum qualitatum nulla postumo conuenire potest:

c Inst. de her. qual. & diff.

Et

Et cum plures non sint, necessario efficitur, postumum alienum heredem fieri non posse. Quod autem necessarius heres fiat, vel hinc certum est, quod ea species heredum tantum seruis heredibus institutis competat[a]*: At postumus alienus non seruus, sed liber est, & ex liberis testatoris, ex legitimo matrimonio nascitur, vt supra abunde demonstratum est. Sui etiam & necessarij heredes, postumi alieni fieri non possunt: Nam ea heredis qualitas ijs dumtaxat competit, qui in potestate parentis morientis* proximi *fuerunt* [a], *aut in proximorum locum successerunt, vt autor est Iustin. dum ait,* [b] Cum filius, filiaue, & ex altero filio nepos, neptisue existunt, pariter ad hereditatem vocantur: nec qui gradu proximior est, vlteriorem excludit. Æquum enim esse videtur nepotes, neptesq; in patris sui locum succedere &c. *At alieni postumi, licet in potestate morietis fuerint, tamē ei nec proximi nascuntur, nec in proximorum locum succedunt: Ad minimum enim, inter testatorem parentem & ipsos, parens vnus intermedius est, qui suus, per mortem testatoris, efficitur. Sed hæc ita nota sunt, vt vlteriori probatione non indigeant.*

a d. titul. § necessarius

a d. titul. § sui autem et necessarij
b Instit: de hered. quæ ab intest. def.

E*Xtraneus item heres postumus alienus fieri non potest. Nam extranei heredes ij sunt, qui extra testatoris familiam et potestatem inueniuntur, siue, vt Iu-*

13

c d.tit. § cæteri — ſtin. ait c, qui teſtatoris iuri ſubiecti non ſunt. at poſtumus alienus teſtatoris iuri ſubiectus eſt, à tempore ſcilicet ſuæ conceptionis, vſq; ad tempus mortis huius parẽtis, nec per natiuitatem, familiam ſuam mutauit, ſed in eadem natus eſt, ſubiectus ſcilicet illi parenti, qui per mortem remotioris parentis, ſui iuris, et familiæ princeps effectus eſt. A ſufficienti itaq; diuerſitatis heredum enumeratione conſtat, poſtumum alienum non potuiſſe heredem fieri.

ALio item argumento probatur, poſtumum alienum heredem fieri non potuiſſe: Nam ſi exheredato patre, heres inſtitutus, aut etiam patri ſuo coheres factus fuiſſet, & pater, qui viuente teſtatore quodammodo dominus eorũdẽ bonorum fuerat d, mortuo teſtatore ea bona retinuiſſet, nulla actione poſtumus alienus, cum natus fuiſſet, patrem ſuum conuenire potuiſſet: Inter patrem enim & filium, propter patriæ poteſtatis vinculum, nulla actio eſſe poteſt, quod lippis & tonſoribus etiam notum eſt, tantum abeſt vt probatione indigeat. Ex his itaq; abunde conſtat, veteri Iure poſtumum alienum heredem inſtitui non potuiſſe, quamuis ei Prætor poſtmodum bonorum poſſeſsionem inſtituto dederit a: Qui enim poſtumo alieno inſtituto decedebat, inteſtatus deceſsiſſe videbatur, b vt recte Antonius goueanus hac in parte ſenſit. Nouo autem Iure, cuius Iuſtin. in Inſtitut. meminit, poſtumus alienus

[margin: d l. in ſuis de lib. et poſt.]
[margin: a Inſt. de bonor. poſſ. b l. poſtum. de Ineff. teſtam.]

Iure

Iure ciuili heres institui potest [c]. Ei enim Iuri, non amplius, vt ante, incognitus est [d].

c Instit. de leg. ¶ sed nec huiusmodi
d Instit. de bon. poss.

POstumus porro suus, cum familiæ suæ pater, caput, & princeps nasceretur, patriæq; potestatis iure, bonorum a parente prædefuncto relictorum dominus & herus & heres fieret: Lex 12. tab. ab intestato idem ius etiam statuit. Ex testamento autem, quoniam constituit vti quisq; legessit rei suæ, ita ius esto, [e] non oblita dominij & iuris quod suus in bonis defuncti parentis habebat: ne inter suum, & ex testamento institutum, controuersia de potiori iure oriretur: voluit, eum qui per mortem testatoris suus fieret, heredem institui aut exheredari: vt suus nihil sibi iuris in bonis parentis superesse sciret. Qua exheredationis solennitate non obseruata, quanquam vltima voluntas valde fauorabilis habeatur, tamen exitum habere non posset. Postumus itaq; suus necessario heres institui debuit, aut exheredari, quod ius nec adhuc hodie antiquatum est. Sed in eo articulo non immorabimur, cum ab alijs non incommode tractatus inueniatur. Et hæc de postumorum institutione sufficiant. Propius autem nunc ad formulam Galli accedamus, & in primis examinemus quæ fuerit causa eius inducendæ. Quod commodissimè facturi videmur, si quomodo a ciuibus suis consultus fuerit verisimiliter proponamus. Fingamus itaq;

e l. verbis legis de verb. sign.

aut hac quam ſubiungimus, aut ſimili interrogatione a conſultoribus conuentum.

VIdemus Galle Aquili quam plurimos extitiſſe qui inteſtati decedere noluiſſent, atq; ob id rite et ſolenniter teſtamenta condiderunt, & obſequentes patriæ poteſtati, & legi 12 tab. filios heredes inſtituerunt, nec dum tamen finem ſuum aſſequi potuerunt, vt ſcilicet teſtati decederent, quod teſtatoribus, forte ob publica, aut priuata negotia extra Remp Romanam agentibus, et quid Romæ fieret ignorantibus, filij inſtituti teſtatoribus adhuc viuis deceſſerint, relictis grauidis nuribus, quæ cum poſt mortem teſtatoris, pepererunt, eos ipſæ liberos genuerunt, qui natiuitate ſua teſtamentum aui ruperunt: Cui malo quemadmodũ occurri poßit nõ videmus. Si enim teſtator poſtumum alienum heredem, ſiue ex aſſe, ſiue ex parte inſtituat, obſtat patria poteſtas ne vtiliter *fiat: In ijs enim perſonis, quæ in aliena ſunt poteſtate, hereditas ne puncto quidē tēporis cõſiſtit. Petimus itaq; abs te cõſilium, quomodo citra offenſam patriæ poteſtatis, & legis 12 tab. condi poßit teſtamentum, quod a poſtumo eiusmodi non rumperetur. Quibus conſultoribus in hanc ſententiam reſpondiſſe colligi poteſt.*

NOn ignoro patriam poteſtatem obſtare, quo minus poſtumus alienus teſtatori heres fiat: ſed facile cau-

tio, seu formula excogitari posset, qua obseruata, testamentum a ruptura quam timetis præseruari posset: Et exempli gratia, in casu quem proponitis, talis formula testamentum conseruabit, ne a postumo nepote rumpatur, Si filius meus me viuo morietur, tūc si quis mihi ex eo nepos, aut quæ neptis, post mortem meam, in decem mensibus proximis quibus filius meus moreretur, natus, nata erit, heredes sunto: *Nam licet postumus alienus testatori heres non fiat, institui tamen non prohibetur: quæ institutio, licet ipsi vt postumo alieno, propter parentem intermedium, nihil prosit: tamen tunc vtiliter facta est, cum in vtero matris, suam conditionem mutauit: quod scilicet ex postumo qui sperabatur alienus, id est alieni iuris, factus sit talis, qui propter mortem patris primum, deinde aui testatoris, speretur omnimodo postumus suus. Et hæc de consilio Galli sufficiant: Ex quo abunde innotescit nihil noui iuris Gallū induxisse, sed ius patriæ potestatis, & legem 12 tab. circa hunc articulum, citra eorum offensam, commodissime interpretatum fuisse. Recte Ceruidius Scæuola dictæ formulæ Aquilianæ interpres inquit.*

Scæuola,

GAllus sic posse institui postumos nepotes induxit: si filius meus me viuo morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos, siue quæ neptis post *Testator* *Filius* *Nepos*

mortem meam, in decem mensibus proximis quibus filius meus moreretur, natus, nata erit, heredes sunto.

A Rotis.

(GAllus) *Gallus Aquilius, vt Pomponius testatur*[a], *præcipuæ autoritatis apud populum fuit, eumq; Cicero omnium qui vnquam fuere, consultissimum prædicat: Cuius prudentiam populus Romanus in cauendo, non in decipiendo perspexit. Is enim & huius quam tractamus, & doli mali formulæ, item Aquilianæ stipulationis, aliorumq; multorum eius generis inuentor fuit, & propagator. Cum itaq; Iurisconsultus fuerit, ius quod erat publicè interpretatus est*[b]. *Ex quo efficitur falso a quibusdam asseri, Gallum Aquilium hac sua cautione nouum ius induxisse. Si autem quæratur ad quam iuris partem hæc interpretatio Galli sit referenda, Dico, partim ad ius patriæ potestatis, quod ad alienos postumos. vt supra auditum est, nihil bonorum parentis, nec ex testamento, nec ab intestato transmitti voluit: partim ad legem 12 tab. vbi inter alia constitutum fuit, vt testamento facto, sui necessario heredes instituerentur, aut exheredaretur*[c]. *Cum itaq; ostendat Gallus Aquilius, quomodo postumus alienus instituatur, in eum scilicet casum quo nascatur suus: Quis neget, eum & legem 12 tab. dextrè inter-*

a l. 3. § 21 de Orig. Iur.

b § Responsa Inst. de Iur. nat. gent. & ciuil.

c Inst. de Exher. liber.

interpretari, & mentem eius appositè explicare, atq; id citra potestatis patriæ offensam? Ait, sic posse institui: Indicat hic scæuola Gallum induxisse formulam, qua postumi nepotes rectè instituerentur, ne testamentum aut testatoris rumperent. Porro hic commodè quæri posset, an in formula Galli, nepotes postumi instituãtur, an substituantur. Et breuiter omißis aliorum sententijs, institui eos, & non substitui testantur Scæuola [a], & Aphricanus [b], nec vsquam textus in iure inuenitur, vbi postumi isti substitui dicantur. Præterea, cui ex testamento hereditas primo defertur, potius institutus, quam substitutus dici debet: Cuius sententiæ argumentum nobis adfert Iauolenus [c], dum talem facti speciem proponit. Quidam quatuor heredes fecerat, exempli gratia, primum, secundum, tertium, & quartum: Primo quintum: Secundo sextum: tertio septimum: quarto autem nullum substituit: Viuo testatore moriuntur tertius, & quartus: Post mortem testatoris indubitati heredes inueniuntur primus, & secundus, & septimus qui tertio substitutus erat, ijsq; simul hereditas defertur, quod tertius viuo testatore mortuus fuerit. Dubium autem videri poterat, ad quos portio quarti heredis instituti peruenire debuerit, tantumne ad reliquos duos heredes institutos, primum scilicet, & secundum, an ijs etiam connumeraretur septimus, tertij scilicet substitutus: Et deciditur quarti portionem accrescere primo, & secundo,

a hic
b l. 33. § final. de vulg. & pup.
c l. 39. § quidam. tit. de vulg. & pupill.

16

do, & septimo, ijsq; eodem tempore simul hereditatem deferri: Si vero tertius testatori superuixisset, & heres factus non fuisset, licet septimus ad eius portionem iure substitutionis venisset, in portione quarti nihil iuris habuisset, præuentus scilicet a primo, et secundo heredibus institutis. Colligitur itaq; firmiter, dictum septimum, in casu præmisso, pro instituto, & non substituto haberi. Sed obijciat aliquis respōsum Iuliani d, quo probari videtur postumum nepotem ex formula Galli, esse substitutum: Sic enim ait, Cum in testamēto ita scribitur, Si filius meus me viuo morietur, tunc nepos ex eo post mortem meam natus heres esto: Duo gradus heredū sunt. Id ita accipiendum est, non quasi nepos postumus sit substitutus: Sed quia filius & nepos ad hereditatem nunquam simul peruenient, quamuis vterq; sit institutus: propter quod, vt recte sentit Antonius Goueanus, videbatur nepoti postumo substitutum, nepote non nato, vna cū nepotis patre admittendum: quemadmodum vni e coheredibus substitutus, altero repudiante, simul cum altero admittitur. Quod tamen in filio & nepote postumo institutis ita non est: sic enim vterq; instituitur, vt simul admitti non possint: Multo igitur minus filius, & nepoti postumo substitutus simul admittentur.

d l. 37. de her. Inst.

POstumos nepotes: Cum tres sint postumorum species, quæ in cōsiderationem iuris veniant, & certum

sit

ſit poſtumos ſuos, tum propter autoritatem patriæ poteſtatis, tum ex præſcripto legis 12 *tab. neceſſario inſtitui debuiſſe. Item cum conſtet poſtumos extraneos vtiliter inſtitui potuiſſe, nemini dubium eſſe debet, quin per poſtumos nepotes Gallus Aquilius poſtumos alienos intelligi voluerit: Nam ij, licet in eum caſum quo alieni naſcerentur, vtiliter inſtitui non potuerint: tamen eo caſu, quo in vtero matris conditionem ſuam ita mutaſſent, vt ſui poſtumi naſci deberent, vtiliter inſtituti erant: eoq; fiebat, vt teſtamentum aui validum, et firmum maneret. Quod autem poſtumus alienus, formula Galli inſtituatur, & hinc manifeſtum euadit, quod tempore quo concipitur, legitimum patrem, & auum eiusdem familiæ principem, & caput habeat: eoq; conceptionis tempore, ſi naſceretur, ſine dubio alienus, id eſt alieni iuris naſceretur. Porro cum adhuc in vtero latet per definitum a natura tempus, & pater eius primum, deinde teſtator familiæ princeps moriatur: quis non videt, ſtatim a morte vtriusq; parentis, eum in vtero adhuc latentem ſuam conditionem mutare, & eo tempore fieri familiæ ſuæ caput, & principem, in quo ſtatu & cõditione eũ naſci oportet? Qui enim nõ inuenit parentem in cuius poteſtate naſcatur: is ſuæ poteſtatis, ſuus, ſiue ſui iuris omnino naſci debet: Atq; id eſt quod Paulus ait* [a] obtinuiſſe Galli ſententiam, alienos quoq; poſtumos legitimos nobis heredes fieri.

a l. penult. de leg. l.

Dum enim instituuntur alieni sunt, sui iuris effecti dum nascuntur.

INduxit.) *Induci in mores, aut in ciuitatem & Remp. Ciceroni dicitur, quod semel atq; iterum factum omnibus relinquit imitandi exemplum, Induxit itaq; Gallus Aquilius, citra offensam patriæ potestatis, & legis 12 tab. postumos alienos posse institui: qua de re iam satis actum est.* Si filius meus me viuo morietur. *Formulam instituendi postumi nepotis in casum mortis filij concepit Gallus: tum quod is casus fuerit frequentissimus: tum quod, vt verisimile est, de eo tantum consultus fuerit. Et licet alijs etiam modis, præterquam morte naturali, intermedius parens ex testatoris familia & potestate eximatur: vt maximis et medijs capitis diminutionibus, item emancipatione, &c, vt infra suis locis disputabitur, ad exemplum casus mortis, facile in dicta formula, reliqui omnes casus suppleri potuerunt, cum omnes similitudinem aliquam mortis contineant. Porro hic belle quæri potest, an dictis verbis formulæ filius instituatur: & certissimum est non institui: alias Scæuola noster non tam sollicitè monuisset* filium qui in poteſtare eſt, ex aliqua parte inſtituendū, *Si enim ex formulis quibus alieni postumi instituuntur, etiam filius institutus haberi deberet, frustra inculcasset, eū esse instituendum: huc etiam accedit quod idem scæuola* [d] *dicat, si quis postumum pronepotem*

d h. in ¶ isdem cred.

sic

sic instituat, si filius & nepos me viuo moriantur, tunc qui mihi ex eo pronepos nascetur : *admittendū esse, si prius nepos, deinde filius decederet, ne successione testamentum rumperetur, vnde certo colligitur, si prius filius moriatur, deinde nepos, nepotem rupturum testamentum, rumpere autem non potest, nisi præteritus, si itaq; præteritus sit, constat eum ex formulæ verbis non institutum, qui itaq; sic scribit*, si filius & nepos me viuo moriantur, *nepotem præterit. Accedat huc quod pomponius ait* [a], Si secundum testamentum ita fecerit pater, vt sibi heredem instituat, si viuo se filius decedat, potest dici non rumpi superius testamentum; quia secundum non valet, in quo filius præteritus sit, *quo testimonio quid apertius aliquis desideret, ad sententiæ nostræ comprobationem.*

a l 16. de vulg. et pu

Siue quæ neptis : *nomen neptis addidit, quia nomine nepotis non satis aptè notari videretur.*

IN decem mēsibus proximis quibus filius meus moreretur: *Tempus decem mensium addidit, nō quod esset necessarium, nam etiam Gallo Aquilio tacente id intellectum fuisset, quum longiore nati tempore, pro legitimis non habeantur, sed quia ea clausula institutionibus postumorum fere addi solebat, inde huc translata fuit. ex his itaq; colligitur, qui postumum nepotem, ex formula*

Galli instituere vult, is ita scribere debet. Filius meus heres esto. Si filius meus me viuo moriatur, tũ qui ex eo mihi etc.

Scæuola.

QVidã recte ad mittendũ credũt, etiam si nõ exprimat de morte filij, sed simpliciter instituat, vt eo casu valeat, qui ex verbis concipi possit.

A Rotis.

QVidam. *Hic locus arguit plures fuisse iurisconsultos, qui in explicatione formulæ Aquilianæ occupati fuerunt, quod ex varijs Iurisconsultorum responsis, passim in pandectas relatis, certum esse constat.* Postumus *porro nepos, etiam si sit tunc alienus, rectè instituitur in casum mortis filij, siue is casus exprimatur, vt supra a Gallo Aquilio factum videmus, siue concipi atq; intelligi ex verbo aliquo institutionis possit hoc modo:* Filius mihi heres esto. Qui mihi ex eo post mortem meam nepos nascetur, heres esto: *ex hac formula, satis apparet nepotem postumum recte institutum, etiam si mentionem mortis filij non contineat. non enim intelligi potest alias futurus heres auo, quam si pater prior decedat. Item & hæc formula non incommoda esset si testator*

ſtator ita ſcriberet. Filius heres eſto Qni poſt mortem meam ex eo Nepos ſui iuris naſcetur, heres eſto: *Suus enim, et ſui Iuris, quod idem eſt, nullus naſci poteſt, niſi qui ijs parentibus orbatus eſt, in quorum poteſtate naſci potuerat. Quod, ſi autem ſic nepos Inſtituatur.* Filius heres eſto. Nepos heres eſto: *non valebit ea inſtitutio, quoniam nec exprimitur mors filij, neque ex verbis concipitur, aut ſubintelligitur. Sunt qui velint hic reprehendi Gallum, quod in formula ſua pluribus ſit vſus verbis, quã neceſſaria fuerunt, ſed ij intentionem ſcæuolæ non intelligunt, approbat is Galli formulam, & etiam eorum formulam admittit, qui eam contractius concipiunt, dummodo ex ea ſit ritè inſtitutus nepos.*

Scæuola,

IDem credendum eſt Gallum exiſtimaſſe & de pronepote, vt dicat Teſtator, ſi me viuo nepos decedat, tunc qui ex eo pronepos &c, 2 *Auus Nepos Pronepos*

SEd et ſi viuo filio, iam mortuo nepote cuius vxor prægnas eſſet, teſtamẽtũ faceret, poteſt dicere, ſi me viuo filius decedat, tunc qui pronepos &c, 3 *Teſtator Nepos Pronepos*

NVm et ſi filius et nepos viuat, cõcipere vtriſq; mortuis viuo ſe, tunc qui pronepos naſcere- 4 *Teſtator Eilins Nepos Pronepos*

tur &c. Quod similiter admittendum est, ita sane si prius nepos, deinde filius decederet, ne successione testamentum rumperetur.

A Rotis.

HIc § Aquilianæ iuris prudentiæ laudem continet, vult enim Scæuola nos credere, etiamsi Gallus in formula sua tantum nepotis postumi mentionem faciat, nihilominus illum idem de pronepote postumo existimasse: cum enim ea qua erat iudicij acrimonia, & ingenij perspicacia, videret, & sciret, cuiusuis gradus postumum alienum, in eum casum quo suus fieret, institui potuisse, eoq; et mentem legis 12 *tab. quæ de suis heredibus instituendis lata fuerat, non incommodè explicari, patriæ potestatis ius non offendi, imo potius iuuari, quis credere velit, quod exemplo dato, totam illam facultatem & potestatem, omnes cuiusuis gradus postumos alienos instituendi, ad institutionem solius nepotis postumi, contrahere voluisset? aut docere solum nepotem postumum potuisse institui? cum reliquorum graduum postumos alienos, æquè atq; hos, sententia legis* 12 *tab. & patria potestas admiserint. Rectè itaq; & candidè Scæuola agit, Qui Gallo suum honorem, suamq; iurisprudentiæ laudem relinquit. Eadem facilitate qua formulam suam de postumo nepote concepit, & de pronepote, si is casus illi propositus fuisset, concipere poterat: atq; hinc apparet, quam inciuiliter agant, qui*

Gallum

Gallum à Scæuola hîc reprehendi tradunt, quod minus sufficienter de postumis instituendis tractauerit, quo sane improba reprehensionis acerbitas in scæuola, & crassa iuris ignorantia in gallo significaretur. Nos scæuolæ modestiam, & candorem commendamus, qui credi vult Gallum idem de postumis nepotibus sensisse: plus itaq; personarum eius sententia, quam formula comprehendit, atq; id apertè testatur paulus, qui ait [a], & obtinuit sententia Galli, postumos quoque alienos legitimos heredes nobis fieri: *non enim dicit postumos nepotes tantum, sed generaliter postumos alienos.* Textus *per se clarus est & apertus, præterquam sub finem, vbi aliqua illustratione indiget, vbi ait.* Ita sane si prius nepos, deinde filius decederet, ne successione testamentum rumperetur: *Dum consulebatur Gallus Aquilius, quomodo præseruaretur testamentum à Ruptura, quæ per postumū alienum timebatur, nulli dubium fuit, liberos testatori gradu propinquiores, heredes aut instituendos aut exheredandos, quare formula Galli ad eos accommodata non fuit. Hoc enim parentes, etiam sine consilio Galli, in testamentis suis facere norant, quod ad hanc autem pronepotis postumi alieni institutionem, vbi tres concurrunt personæ in initio superstites, & quarta in vtero matris, postumus scilicet alienus, dicit Scæuola eam institutionem admittendam, si modo in moriendo hic seruetur ordo, vt primū nepos,*

a l pen. de leg. 1.

20

nepos, deinde filius, moriatur: nam alias si præmoriatur filius, nepos in eius locum succedit, qui licet in formula comprehenderetur, tamen cum per eam institutus non esset, testamentum redderet irritum, tanquam contra obseruationem Iuris ciuilis conditum, atq; hæc Iure ciuili ita se habent. Iure porro prætorio, cuius Scæuola hîc rationem non habuit, aliud ex Vlpiani sententia decideretur, [a] *nam etiamsi nepos alienus, qui iam ad spem sui heredis viuo testatore venisset, institutus non inueniretur, cum tamen viuo testatore, & antequam locus sit testamento decedat, non obstant media tempora, quo minus iure prætorio, bonorum possessionem consequatur institutus pronepos postumus. Sic enim ait Vlp.* postumus præteritus, viuo testatore natus decesſit, licet Iuris scrupulositate, nimiàque subtilitate testamentum ruptum videatur, attamen si signarum fuerit testamentum, bonorum posseſsionem secundum tabulas accipere heres scriptus poteſt: *& paulo post.* Idem circa iniustum & irritum testamentum erit dicendum, si bonorum posseſsio data fuerit ei, qui rem ab inteſtsto auferre poſsit, *& hæc facilis est locorum inter se vt videtur pugnantium, conciliatio.*

a l. 22. ¶ is demq; de iniust. rupt.

Scæuola.

ET quid si tantum in mottis filij casum conciperet? Quid enim si aquæ & ignis interdictio-

ne

ne peteretur? Quid si nepos ex quo pronepos institueretur vt ostendimus, emancipatus esset? Hi enim casus, & omnes ex quibus suus heres, post mortem scilicet aui nasceretur, non pertinent ad legem velleam. Sed ex sententia legis velleæ, & hæc omnia ad mittenda sunt, vt ad similitudinem mortis, cæteri casus admittendi sunt.

A Rotis.

CVm Gallus Aquilius, in casum mortis filij formulam concepisset, merito quæri potuisset, an deportato filio, aut emancipato, ex formula recte postumus institutus videri posset, & concludit scæuola, etiam istos casus, ad similitudinem mortis admittendos, qui enim emancipatur, quoad Ius familiæ, & agnationis, mori videtur [a]*, item qui deportatur, ciuiliter mori creditur* [b]*, verbum itaq;* (moreretur) *in formula Galli, ex eius dem sententia & mente, ad mortem naturalem, item ciuilem, item imaginariam referetur: nam noster scæuola voluit dictos casus suppleri* [c]*, ex sententia & mente Aquilij, qui dum casum mortis expreßit, de casibus morti similibus sensisse videtur: poscit autem hic locus, vt eam quæstionem excutiamus, an formula Galli sit perfecta? & perfectam esse, siue postumos institutos, siue casum quo instituuntur con-*

a l. liberns ¶ fin de ca, mi.
b ¶ cum an, quib. mo. Ius pat. pot.
c infra ¶ sequente

d d. ¶ idem credendum

ſideres, certo conſtabit: & quod ad poſtumos attinet, verum quidem eſt in formula Galli mentionem fieri poſtumi nepotis, ſed vt ſcæuola hic teſtatur [d], Idem & de pronepte &c. Gallum ſenſiſſe exiſtimandum eſt, ergo quoad poſtumos alienos, cuiuscunque gradus ij eſſe poſſint, perfecta eſt. Quoad caſus autem, etiamſi in formula Galli, tantum caſus mortis expreſſus ſit, euenientibus tamen caſibus his, qui morti ſimiles ſunt, & quibus filius de poteſtate patris exit, rectè poſtumi inſtituti dicentur, nec eſt quod obijciat aliquis: quorſum opus ſit, ſub vocula mortis, intelligi & ſuppleri deportationem, item emancipationem, cum caſus à Gallo non expreſſi, ſub lege vellea contineantur? Quæ generaliter concepta eſt, in hæc verba. Si quis ex ſuis hæredibus, ſuus heres eſſe deſierit: Nam ſcæuola huic argumento, reſpondet. Dictos caſus, non pertinere ad legem velleam, ſed ad formulam Galli, Gallus enim poſtumos alienos, qui tamen in vtero matris, conditionem ſuam mutarunt, inſtitui docet. Velleus autem non poſtumos, hoc eſt naſcituros poſt mortem parentis, ſed natos in vita parentis, nepotes pronepotes etc inſtitui docet: vt infra ſuo loco plenius indicabitur. Caſus autem quibus filius de patris poteſtate exit ſunt hi, Inprimis omnes maximæ & mediæ capitis deminutiones, per eas enim ciues romani, ad peregrinitatem rediguntur. & cum peregrinis teſtamenti factio non eſt. Præterea his modis, ex poteſtate patria exemti, pro mortuis ciuiliter

repu-

reputantur [b]. Emancipatio similiter, quæ per imaginarias venditiones & manu missiones celebrabatur, recte mortalitati comparatur [b], hinc etiam in contra tabulas bonorum possessione, liberti patitur exitum [c], & passim manumissus appellatur, quod propriè competere seruis notum est, & hæc ad eam quæstionem sufficiant, in aliquot qui sequentur § § nonnihil quod eodem spectabit inueniemus. Videmus autem verum non esse, quod à quibusdam hîc commemoratur, quod scæuola sc3 reprehendat Gallum, humaniorem enim & modestiorem eum experimur: Sed dicat aliquis, filio emancipato, non videri necessariã institutionem nepotis postumi, ad conseruationem testamenti, nam emancipatus ille filius, & ante, & post mortem testatoris, inuenitur suus, hoc est sui Iuris, & etiam heres, nam in testamento institutus erat. Vnde cum sit & suus, & heres, videtur inutilis facta institutio postumi nepotis Ad quod argumentum respondeo, cum dicimus suos debere institui, item necessario fieri heredes, suos præsumtiuè accipimus, pro ijs liberis, qui reuera in potestate parentis sunt, sed in ea causâ constituti, vt primum post mortem parentis verè sint futuri sui, & ab intestato omnimodo heredes necessarij, vti etiam ex testamento, nisi in eo sint exheredati. Emancipati vero filij, non sunt præsumtiuè sui, post emancipationem, viuente eorum parente, sed verè sunt sui iuris, vinculis sc3 patriæ potestatis liberati, nec

a d ¶ cum autem vers. pari. quib. mo: ius pa.
b l. 209. de reg: Iur:
c l. 1. ff d parente

post mortem parentis necessarij fiunt heredes, sed voluntarij, quod proprium est extraneis heredibus: emancipati enim filii, vtpote testatoris iuri non subiecti, extranei heredes appellantur[a], sui autem heredes, potestatem, familiam, & agnationem, defuncti parentis continuant[b], qui enim morte parentis sui iuris fit, capite non minuitur[c], emancipatus autem capite minuitur quod in maginariam seruitutis formam deducatur[d]. Intelligi autem volo de veteri illa emancipatione, non de Anastasiana, aut Iustinianea, qua hodie emancipatus capite non minuitur, vt recte ostendit Iacobus Cuiacius, in suis ad Vlpianum notis. Filius itaq; institutus, ac postea emancipatus, partem ex qua institutus est, consequitur tanquam extraneus, in reliquo nepoti non obstat. Quod si & filius & nepos ex asse instituti sint, ex formula Galli, ex æquis partibus inter eos hereditas diuidetur: vt Antonius Go. rectè sentit.

a ¶ cæteri Instit. de her. qual.
b l. in suis de l. h. et postu.
c l. 3. ¶ si ad mac.
d l. liberos de cap. mi.

A Rotis.

QVid si qui filium apud hostes habebat, Testaretur? Quare non induxit, vt si antea quam filius ab hostibus rediret, quamuis post mortem patris decederet, tunc deinde nepos, vel etiam ad huc illis viuis, post mortem scilicet aui nasceretur, non rumperet? Nam hic casus ad legem velleam non pertinet, melius ergo est, vt in huiusmodi

vtili-

vtilitate, præsertim post legem velleam, quæ & multos casus rumpendi abstulit, interpretatio admittatur, vt instituens nepotem, qui sibi post mortem suus nasceretur, recte instituisse videatur, quibuscunque casibus nepos post mortem natus, suus esset, rumperetque præteritus, atq; etiam si generaliter quicquid sibi liberorum natum erit post mortem, aut quicunque natus fuerit, sit institutus, si suus nasceretur.

A Rotis.

Hic locus in initio sic legendus est. Quid si qui filium apud hostes habebat, testaretur? Quare non induxit? Vt si antea quam filius ab hostibus rediret, quamuis post mortem patris, vel etiam adhuc illo viuo, decederet, tunc deinde nepos post mortem scz aui nasceretur, non rumperet? persequitur autem hic scæuola intentionem suam, & nouo casu captiuitatis scilicet, qui etiam morti comparatur, quærit an capto patrefam: auus recte nepotem postumum, ex formula à Gallo præscripta instituat; & decidit admittendum esse, vt rite institutus videatur, ac si formula hoc modo concepta esset: filius heres esto: si filius apud hostes decesserit, qui ex eo post mortem meã nepos mihi nascetur, heres esto: & quanquam captiuus

filius, qui nunquam domum reuertitur, necessario institu-
a ¶ in omnibus h. *endus non sit* [a], *tamen in eum euentum quo rediret, tutius est institui, ne præteritus testamentum rumperet?* iure *enim postliminij qui domum reuertuntur, pristina iura recipiunt, & eo casu lex Cornelia fingit eos semper fuisse domi, quæ fictio, in ijs qui nunquam reuertuntur, necessaria non est, confirmatur itaq; quod prius diximus, Galli formulam esse perfectam, quod nempe similes mortis casus, ea contineri videantur, & ex eius sententia suppleantur. Sed tamen ne casuum expressio desideretur, melius futurum dicit, si instituturus postumum alienum, formulam generaliter cōcipiat, hoc aut simili modo, filius heres esto, quisquis mihi ex eo postumus suus nascetur, heres esto: nam formula sic concepta, etiam si alius casus sublatæ potestatis, quam ex morte naturali accidat, per interpretationem formulæ generalis, institutio postumi admittetur, quod melius est, quam si admittatur postumus nepos rite institutus ex formula Galli, per suppletionem casuum similium morti, bona itaque est, & perfecta, formula Galli, sed melior est formula generalis.*

Scæuola.

SI eius qui filium habeat, & nepotem ex eo instituat, nurus prægnas ab hostibus capta sit, ibique viuo auo, & eius filio pariat, mox ille post

mortem patris atque aui redeat, vtrum hic casus ad legem velleam respiciat, an ad ius antiquũ aptandus sit, posſitque vel ex iure antiquo, vel lege vellea institutus non rumpere? Quod quærendum est, si iam mortuo filio pronepotem instituat, redeatque mortuo eo: sed cum testamentum ab eo non rumpatur, nihil refert, vtrum ex Iure antiquo, an ex lege vellea excludatur,

A Rotis,

HIc paragraphus longè alium habet intellectum, quã vulgus interpretum existimat, proponit autem eius modi casum scæuola, pater testamentum condidit, in quo filium sic instituit. Filius heres esto: *nepotem autem qui forte postumus suus nasci potuisset, sic instituit* si filius meus me viuo morietur tunc si quis mihi ex eo nepos nascetur heres esto: *accidit demum vt nurus grauida ab hostibus caperetur, apud hostes natus est iste nepos, viuo testatore & eius filio, in potestate itaque aui natus est*[a]*, propter ius postliminij*[b]*, quod fingit eum qui captus est si redeat, in ciuitate semper fuisse, quo iure etiam partus vtitur*[c]*, mortuus est primo nepotis huius pater: vnde nepos iste licet apud hostes degeret, factus est præsumtiuè, auo adhuc viuenti, suus heres, siue ius antiquum* con-

a ¶ postumorum Inst. de exher. lib.

b ¶ si ab hosti, instit. quib. mo. ius qa.

c l si quis filio ¶ siue autem de in-iust. rupt.

24

consideres, siue legem Velleam, Iure enim antiquo cuius Iustin, dum de exheredatione liberorum agit diligenter meminit, soli filij ex suis heredibus, necessario instituendi aut exheredandi nominatim erant, reliqui autem sui heredes, in testamento præteriti, illud non rumpebant, sed iure accrescendi eis portio bonorum testatoris præstabatur, institui autem poterant, itaque si hunc casum instituti nepotis ad ius illud antiquum aptemus, futurum est, vt beneficio iuris antiqui excludatur nepos à rumpendo testamento: si enim ne præteritus quidem rumperet, quanto minus institutus rumpere poterit? Rursum si hunc eundem casum ad legem Velleam aptemus, dicemus beneficio legis Velleæ futurum, vt hic nepos aui testamentum non rumpat, quod hac ratione probatur. Iulius Velleus cum vidisset ex formula Galli Aquilij, recte prouisum fuisse testamentis parentum, institutione postumorum alienorum, in eum casum quo postumi sui nascerentur: Lege lata commentus est quosdam habendos postumorum loco, eos omnes scz liberos, qui in patria potestate nati, iure antiquo, testamenta parentum vt dictum est, rumpere non poterant. Deinde statuit, vt hi loco postumorum habiti, decedentibus ijs intermedijs personis, quæ præsumtiuè iura suorum heredum habebant, in locum suorum heredum succederent, & vt ea successio, vim & autoritatem agnationis legitimæ haberet, qui in testamento parentum præteriti, aut nominatim non exheredati, æquè iniustum & nullum illud faciant,

ant, atq; filij præteriti & nominatim non exheredati. Qua lege lata effectum est, vt antiqui iuris obseruatio, in non rumpendo ab his testamento, cessaret. Præteriti enim isti liberi alieni (sic enim nos ad exemplum postumorum alienorũ appellare liceat, cũ propter parentes intermedios, sui heredes præsumtiuè dici nõ possint) cum ad ius suorum heredũ, per successionẽ tanquã agnationẽ venissent, testamenta parentum rumpebant, si itaq; casum nepotis instituti ex formula Galli, ad legẽ Velleam aptemus, vt dicamus scilicet, eum viuo patre qui iura sui heredis solus habebat natum, post mortem eius, in ea iura successisse, & cum præteritus non inueniatur, ex lege vellea probiberi ne testamentum parentis rumpere possit, atq; hinc rectè colligitur, siue aptemus casum huius instituti nepotis, ad ius antiquum, siue referamus ad legem Velleã, vtroque modo conseruari testamentum, ne ab eo nepote rumpatur, rectè ergo Scæuola: cum testamentum ab eo non rumpatur, (institutus enim est ex formula Galli) nihil refert vtrum ex Iure antiquo, an ex lege Vellea excludatur: Non ignoro glossographos nostros, per ius antiquum Galli formulam intelligere, sed id fit inuito textu, iure, et ratione: nam si iste casus ad Galli formulam pertineret, cur quæreret Scæuola, an ad ius antiquũ, an ad legem Velleam aptari deberet? quod enim alicui rei aptatur, id ei accommodari & applicari dicitur, casus autem instituti nepotis,

ex formula Galli, ad eandem formulam ap tari siue accommodari non potest. Gallus enim cauti onem dedit, quæ testamẽtum conseruaret, ne à postumo alieno, qui reuera postumus suus nasceretur, rumpi posset: at in hoc casu, licet nepos ex formula Galli institutus sit, tamen nec postumus suus, imo nec postumus natus est, Scæuola enim viuis patre & auo, eum apud hostes natum præsupponit. Præterea cum nepos iste nasceretur in potestate aui, ne quidem præsumtiuè suus nascebatur: nam pater intermedius suus heres præsumtiuus erat. Huc accedit quod in specie proposita, nullus afferatur casus nouus, qui similitudinem mortis naturalis habeat, vt eum quemadmodum in alijs factum est, ex sententia Galli, ad formulam suppleri ostendat:

Scæuola,

FOrsitan addubitet quis, an istis casibus, si nepos post testamentum nascitur, viuo patre suo, deinde ex eo concipiatur, qui mortuo patre deinde auo nascatur, an non potuerit heres institui? Quia pater ipsius non rectè institutus esset, quod minimè est expauescendum, hic enim suus heres nascitur, & post mortem nascitur, ergo & sic pronepos admittetur, qui natus erit ex nepote, postea viuo filio, atque si ex eo natus esset adoptato,

Scæ-

A Rotis.

CAsus talis est, auus condidit testamentum, in eo filium præsumtiuè sc3 suum heredem instituit hoc modo, filius heres esto: Deinde consulturus testamento suo, ne à postumo nepote rumpi contingeret, ita eum instituit si filius meus me viuo morietur, tunc si quis mihi ex eo nepos nascetur heres esto: accidit vt is nepos viuo patre & auo nasceretur, & tandem ex eo conciperetur, decesserat is nepos, viuo patre & auo, itaq; ad ius sui heredis, quod pater eius habebat, nunquam peruenit, mortuis inde eiusdē nepotis patre et auo, natus est hic postumus pronepos, & cum parentem nullum inueniret, in cuius potestate nasceretur, suus hoc est sui iuris postumus natus est institutus ex sententia formulæ Galli, qua nomine nepotis, etiam pronepotes, &c. institui creduntur. Videbatur autem non potuisse institui, ob id quod pater eius, non rectè institutus esset, ex præscripta Galli Aquilij formula, et decidit Scæuola, nihil huic institutioni postumi obstare, quod pater eius non recte fuisset institutus, nam in eum casum res deuenerat, vt eum instituti non fuerit necessarium, quippe qui testatori, nunquam præsumtiuè suus heres extiterit, mortuus enim fingitur, ante patrem suum, qui ius sui heredis habebat. Prætereun-

dum non est, et in pandectis florentinis & etiam vulgatis, male legi isque viuo patre deinde auo nascatur: id enim cum sententia statim subiecta pugnaret, vbi dicitur quod is postumus pronepos suus heres nascitur & post mortẽ nascitur: nõ enim viuo et mortuo auo nasci potuit. Rectè itaq; alia exẽplaria habẽt. Qui mortuo patre deinde auo nascatur. Casus alter qui hic cõtinetur, facilis est, et posteriori similis. testator cõdidit testamentũ, in eo filium sic heredẽ instituit Filius heres esto. deinde cõsulturus testamento, ne à postumo nepote rumperetur, ita futurum nepotem instituit. Si filius meus me viuo morietur tunc si quis mihi ex eo nepos nascetur heres esto: cum autem nullus ei nepos nasceretur, quendam vt ex filio suo natum, in nepotem adoptauit, quanquam is nepos in potestatem testatoris veniret, tamen ius sui heredis non habuit. Nepos ille adoptiuus grauida vxore relicta decessit, demum decessit & filiusfam: suus scꝫ heres, postmodum testator, ex grauida pronuru natus est postumus, qui cum nullum parentem inueniret, in cuius potestate esset, suus hoc est sui iuris postumus natus est, institutus ex sententia formulæ Galli, qua nomine nepotis, & pronepotes &c instituì creduntur: ratio autem dubitandi, quare instituì non potuisset, cum superiori casu concurrit, textum autem & hic restituimus, pro si, sic, & pro adoptatur, adoptato substituentes, vt scilicet sic legatur, quemadmodũ imprimẽdũ curauimus: mirũ autem est tã multos

cum

cum in explicatione huius legis laborarint, et nullũ sensum hoc in loco eruerint, sua tamen commenta attexere ausos fuisseque melius Vulcano, quam posteritati commendarentur, non deerunt scio qui hanc restitutæ lectionis audaciam in me calumnientur, quos scire velim me non nigris, sed candidis scribere.

Scæuola.

IN omnibus his speciebus, illud obseruandum est, vt filius duntaxat qui est in potestate, ex aliqua parte sit heres institutus, nam frustra exheredabitur post mortem suam, quod non esse necessario, in eo filio qui apud hostes est si ibi decedat, & in nepote certe & pronepote, quorum si liberi heredes instituantur, institutionem nunquam exigemus, quia possunt præteriri.

A Rotis,

POstumos alienos institui præscripta formula, docuit Gallus, in eum scз casum, quo sui nascantur, hîc autem indicat Scæuola, in ijs speciebus, quibus ex formula Galli instituitur postumus, filium ex aliqua partè instituendum, nam & præteritus, & exheredatus, rumperet te-

27

stamentum, & de præterito dubium quidem non est, de ex heredato ambigi posset, casum itaq; exheredati filij, & instituti nepotis proponamus, talis auiem esse posset, Filius exheres esto : si filius meus me viuo morietur, tunc qui mihi ex eo nepos nascerur heres esto : *dicit scæuola eam exheredationem frustra fieri, nec mirum cum effectus exheredationis, post mortem filij, nullus esse posit: filius exheredatus, aut viuo aut mortuo testatore decedit, si viuo testatore decedat nepos immiscēdo se auitæ hereditati, nō potest exheredationē patris sui cōfirmare, cū enim exheredatio locū habet, debet filius priuari hereditate, priuari autē nō potest, nisi hereditatē habuerit, habere nō potest nisi testatori superuixerit, itaque eo casu cōfirmari nō potest. Rursum, si filius mortuo testatore decedat, nepos ex institutione sua, immiscere se hereditati non potest, excluditur enim per vitam patris ab hereditate auita, quippe qui heres esse non posit, nisi mortuo patre, cum institutio in eum casum concepta sit, & si velit expectare mortem patris, exheredationem eiusdem, vt iam auditum est, confirmare non poterit, nam exheredatio nisi cum iam successum est, non valet, rectè itaque concluditur, dum ex formula Galli instituendus est nepos, filium non posse exheredem fieri, ea enim exheredatio, pro præteritione est, præterito autem filio, testamentum nullum & iniustum est, iure antiquo, intestatus itaque auus ille hoc casu moritur,*

tur, & ab intestato ad filium suum heredem, hereditas defuncti pertinet.

Q*Væri poßit, quid si alio modo quam per formulam, Aquilianam, exheredato filio nepos institueretur, sic scilicet* filius exheres esto: nepos qui post mortem meam nascetur, heres esto: *an institutio valeret, & exheredationem filij confirmaret? & respondeo licet directo filius exheredatus videatur, per institutionem tamen nepotis, quem in sua potestate habet, institutum videri per obliquum, & exheredationem factam, adeo euanescere, vt testatori suus heres, & necessarius fiat. Quod in nepote superstite Vlp. definiunt,* a *Erronea est opinio existimantium, quod filius per exheredationem, suus esse desinat, exheredatio non est modus quo patria potestas tollitur, & filius exheredatus, licet per mortem patris, hereditatem eius non acquirat, tamen per mortem eiusdem, fit suus, hoc est sui iuris, cum iam non inueniat, in cuius potestate diutius hæreat.*

a l. qui in alij § interdũ de acq. her.

Ait filius duntaxat qui est in potestate: *per voculam* duntaxat: *excluduntur alij filij, emancipati scilicet aut apud hostes capti, qui nunquam redeunt, qui necessario institui non debent:* Ait ex aliqua parte sit heres institutùs: *Hic locus apertè arguit, ex formula Galli, filium non institui, quemadmodum supra meminimus,*

quor-

28

quorſum enim inſtitutum adhuc inſtitui vellet: Ait in nepote & pronepote: *nepotum & pronepotum qui præteriri poſſunt, liberi inſtituti rectè inſtituti admittentur, præteriri autem poſſunt illi, qui ad ius ſui heredis nunquam venerunt, ij autem nepotes aut pronepotes &c. qui ad ius ſui ſucceſſerunt, ſi præteriti fuerint, lege Vellea teſtamentum rumpũt, licet iure præterio teſtamentum ſuſtineatur* [c], *& hæc de formula Galli ſufficiant*

b ¶ idem cred. ſup. hic

c l. 12. de iniuſt. rupt.

Ad legem Velleam.

IVre antiquo, quod patriam poteſtatem & legem 12. tab: ſequutum eſt, inter ſuos heredes ſuperſtites, ſolus filius neceſſario inſtituendus aut nominatim exheredandus erat, in poſtumis autem liberis, nihil aut patriæ poteſtati, aut legi 12 tab: derogauit, quin potius ei, aliquid addidit, vt ſcȝ poſtumi maſculi nominatim exheredarentur, poſtumis fœminis, ſi inter cæteros exheredarentur, aliquid legaretur, ne per obliuionem præteritæ viderentur. Quomodo autem citra offenſam patriæ poteſtatis, & legis 12 tab: Gallus Aquilius poſtumos alienos, in caſum quo ſui iuris naſcerentur, inſtitui docuerit, iam abundè intellectum eſt.

SVperſtites ſui heredes præteriti, (ex cepto filio) parentum ſuorum teſtamenta non infirmabant, portionem

tamen

tamen bonorum relictorum, iure accrescendi accipiebant, postumi autem sui heredes, eodem antiquo iure, quod hac in parte, & patriæ potestati, & legi 12 tab: subseruiuit, in testamento parentum necessario instituendi aut nominatim exheredandi erant, alias natiuitate sua, testamētū rūpebāt, atq; in his postumis suis, nulla graduū distinctio habita est, æque enim postumus nepos, aut pronepos, etc atq; postumus filius, testamēta rūpebāt, displicuit Iulio Velleo, inter liberos superstites, eam differētiam contra ius patriæ potestatis & legem 12 tab: fuisse à iure antiquo inductam, vt solus filius impune præteriri non posset, & reliqui sui heredes impune præterirentur, quocirca legem tulit, cuius capite primo constitutum est, vt quemadmodum postum sui, cuiuscunque gradus, testamenta parentum suorum agnatione rumpebant, si instituti aut nominatim exheredati non essent, ita & liberi sui heredes, viuo testatore nati, testamenta parētum, natiuitate sua rumperent: Quocirca testatores necessitate astringebantur, cuiusuis gradus suos heredes aut instituere, aut nominatim exheredare, filios quidem Iure antiquo, reliquos liberos suos heredes, ex lege Vellea, quæ ad filium non pertinet [a], quod ei ius antiquum prospexerit, caput autem primum legis Velleæ eiusmodi fuisse colligitur.

[a] l. Suus quoque ¶ fi. de her. inst.

Primum caput legis Velleæ.

29

QVi testamẽtum faciet, is omnem virilis sexus, qui ei suus heres futurus erit, ad similitudinem postumorum, necessario instituito, aut nominatim exheredato: *Atque hæc lex iustissime lata est, cur enim postumi sui necessario instiuendi, aut nominatim exheredandi erant, ne agnatione testamenta parentum infirmarent, & ex natis suis heredibus, præter vnicum filium, reliqui impune præteriri potuerunt? æqualitatem itaque iuris, inter heredes suos & postumos suos, quoad infirmanda parentum suorum testamenta inuenit, & licet hæc lex, suorum heredum ius augeat, tamen eadem & testatoribus succurrit, dum iubet, etiam istos suos heredes, aut heredes institui, aut nominatim exheredari. Secundo capite legis suæ, constituit Iulius Velleus, vt liberi alieni, (sic enim ad exemplum postumorũ alienorum, rectè appellari possunt, cum liberi sui ij præsumtiuè sint, qui in potestate proximi sunt) viuis testatoribus tamen nati, mortuis suis heredibus, in iura suorum heredum succederent, & sic parentibus suis, velut adnascerentur, quæ successio Vellea effecit, vt hi liberi, iure suorũ heredum honorati, testamenta paentum, in quibus præteriti fuerãt, aut non exheredati inueniebantur, rumpereãt et infirmarent, ne itaq; eo modo parẽtis testamentũ rumperetur, tam necessarium erat, hunc suum heredẽ institui, aut nominatim exheredari, quam iure antiquo in filiofam: obseruari id ipsum necesse fuerat. Secundum autem caput legis Velleæ, ita cõceptũ videbatur.*

Se-

Secundum caput legis Velleæ.

SI quis ex ſuis heredibus, ſuus heres eſſe deſierit, liberi eius in eadem poteſtate nati in locum ſuorum, ſui heredes ſucceduͣto: neue ob eam rem, ſi inſtituti, aut nominatim exheredati, ad ſimilitudinem poſtumorum ſint, minus ratum teſtamentum eſto: *Caput iſtud legis Velleæ, generaliter conceptum eſt, vt per interpretationem, ſinguli caſus ſub eo comprehendantur, formula autem Galli in vnum caſum, mortis ſcilicet filij concepta fuit, vnde reliqui caſus, propter ſimilitudinem mortis, ſupplendi erant, ex eiusdem ſententia & mente.*

Scæuola.

NVnc de lege Vellea videamus, voluit viuis nobis natus, ſimiliter non rumpere teſtaméntum, & videtur primum caput eos ſpectare, qui cum naſcerentur, ſui heredes futuri eſſent. Et rogo ſi filium habeas, & nepotem nódum natum, ex eo heredem inſtituas, ſi filius decedat, mox viuo te nepos naſcatur, ex verbis dicendum eſt, non rumpi teſtamentum, vt non ſolum illud primo capite

notauerit, si nepos eo tempore instituatur quo filius non sit, verum est si viuo patre nascatur, quid enim necesse est tempus testamenti faciendi respici, cum satis sit obseruari id tempus, quo nascitur? nam & si ita verba sunt, qui testamentum faciet, is omnem virilis sexus, qui ei suus heres futurus erit &c, etiamsi parente viuo nascantur.

ARotis.

EX ijs quæ de lege Vellea præmissa sunt, facilis est huius paragraphi intellectus. Quærit Scæuola, an nepos recte institutus sit tali formula. Filius heres esto: nepos ex filio meo, in eius locum succedens heres estò. Condito sic testamento, filius moritur relicta vxore grauida, & sic desijt esse suus, postmodum nepos nascitur suus heres, & videtur non recte institutus, quia qui ex primo capite instituitur, videtur quod tempore testamenti, suus heres esse debeat, verba enim sic sonant. Qui testamentum faciet, is omnem virilis sexus, qui ei suus heres futurus erit &c. eo enim capite, non solum nepos, qui tempore testamenti suus erat, rectè instituitur, verumetiam & ille, qui viuo patre nascitur, & verba legis huic institutioni rectè accommodantur. Qui enim ita testamentum fecit, vt proponitur, eum heredem instituit, qui ei suus heres futurus erat, quod institutus sit, formula testa-

testatur, quod suus heres futurus esset, natiuitas instituti nepotis declarauit, pertinet itaque hic casus, ad primum caput legis Velleæ, nam omnes qui viuo testatore, sui heredes nascuntur, ad caput istud pertinent, excepto filio a qui ad legem Velleam non pertinet, nec mirum: cũ ei iure antiquo, sufficienter sit prouisum. a l. suus quoque ¶ si. de her. instit.

Scæuola.

SEquente parte succedentes in locum liberorum, non vult lex rumpere testamentum, & ita interpretandum est, vt si & filium & nepotem & pronepotem habeas, mortuis vtrisque, pronepos, succedens in sui heredis locum, non rumpat. Et bene verba se habent, si quis ex suis heredibus, suus heres esse desierit, ad omnes casus pertinentia, quos supplendos in Galli Aquilij sententia diximus, nec solum si nepos viuo patre decedat, nec succedens pronepos auo mortuo rumpat, sed & si superuixerit patri, ac decedat, dummodo heres sit institutus, aut exheredatus:

A Rotis.

SEcundum caput legis Velleæ hic explicandum assumit Scæuola, cui ea quæ a nobis superius dicta sunt,

lucis aliquid attulisse existimo. Primo capite institui docentur illi qui viuo testatore nati, sunt sui heredes: secundo capite institui docentur illi, qui viuo testatore, nati sunt liberi quidem, sed alieni, quorum parentes intermedij, iura suorum heredum habent, & docentur institui in eum casum, quo futuri sunt sui heredes, id Iustinianus aperte testatur dum ait: Postumorum loco sunt & hi, qui in sui heredis locum succedendo, quasi agnascendo, fiunt parentibus sui heredes, vt ecce, si quis filium, & ex eo nepotem, neptemue in potestate habeat, quia filius gradu præcedit, is solus iura sui heredis habet, quamuis nepos quoque, & neptis ex eo, in eadem potestate sint, sed si filius eius, viuo eo moriatur, aut qualibet alia ratione exeat de potestate eius, incipiet nepos neptisue, in eius locum succedere, et eo modo iura suorum heredum, quasi agnatione nanciscitur. *Vt itaque Gallus Aquilius, postumos alienos in eum casum quo sui forent institui docuit, ita & hæc lex, secundo suo capite, superstites nepotes pronepotes &c. alienos institui docet, in eũ casum quo sui heredes succedẽdo velut agnascẽdo fiẽt: instituti autẽ testamẽtũ nõ rumpẽt, non enim voluntarij, sed sui et necessarij heredes fiunt. Casus autem talis est. Pater habebat filium, nepotẽ, & pronepotẽ, quos hoc modo instituit,* Filius heres esto, si filius suus heres esse desierit, qui in locum sui heredis succedent, heredes sunto, *accidit vt morerentur filius & nepos testato-*

statoris, hic pronepos cum neminem inueniat, qui ei iure sui præcedat, in lus illud succedit & cum institutus sit, testamentum testatoris infirmare non potest, nec refert quo ordine filius & nepos moriantur, an prior sc3. nepos, & deinde filius, an prior filius, & deinde nepos, nam si hoc secundo casu, quo nepos patri suo superuixit, institutus fuit, an exheredatus, testamentum rumpi non potuit, hic etiam commendat Scæuola legem Velleam, quod generaliter sit lata, non immemor eius,! quod ante præmiserat, a melius sc3. esse generaliter ferri quam specialiter proponi. a ¶ *Quid si qui*

Scæuola.

VIdendum num, hac posteriore parte: si quis ex suis heredibus, suus esse desierit, liberi eius & cætera, in locum suorum, sui heredes succedunto: posit interpretatione induci, vt si filium apud hostes habens, nepotem ex eo heredem instituas, non tantum si viuo te filius decedat, sed etiam post mortem, antequam ab hostibus reuersus fuerit, succedendo non rumpet, nihil enim addidit, quo significaret tempus, nisi quod licet audenter posis dicere, viuo patre hunc suum heredem esse desijsse, licet post mortem decedat, quia nec redit, nec potest redire:

CAsus eiusmodi proponitur. Pater filium habuit ab hostibus captum, non habita ratione filij nec eo etiam instituto, nepotem ex eo sic instituit, Nepos ex filio meo heres esto: Dubium est an hæc institutio nepotis valeat? & imprimis, pro certo statuendum est, nepotem hunc de quo agitur, viuo testatore natum, alias non ad legem Velleam, sed ad formulam Galli pertineret, casum autem nūc distinguo: si filius apud hostes captus, viuo testatore decessit, certum est quod morte naturali, & ciuili captiuitatis suæ, desijt esse suus heres, & sic in locum sui heredis, viuo testatore nepos successerit. Si autem idem filius, apud hostes captus, post mortem testatoris, ibidem decesserit, quæritur an rectè institutus sit nepos? Dubium ex eo oritur, quod lex Vellea, non faciat mentionem, quando filius decessisse debeat videri, an tempore captiuitatis, quo mors ciuilis fingitur eo non redeunte, an tempore mortis naturalis, quo vere mortuus est, & decidit, quandoquidem euentus docuit, eum apud hostes mortuum esse, & ob id redire non posse, audacter dicendum, hunc filium desijsse esse suum heredē, etiam viuo patre. Nam lex Cornelia fingit eum qui apud hostes decedit, ea hora decessisse qua captus fuit, eaq; fictitia & ciuili morte, quam mors naturalis ibidem confirmauit, patriam potestatem fuisse sublatam, aliâs enim ciuis Romanus fingi debuisset, seruū

in

in patria potestate habuisse, quod cum iure patriæ potestatis pugnabat, quæ non inter seruum qui peregrinus, et patremfam: qui ciuis Romanus erat, constituta fuit, sed inter solos ciues Romanos, & vt lex Vellea non significauerit tempus, qui hic filius certo apud hostes decedens suus esse desineret, ex lege Cornelia certum satis id erat, & hinc Scæuola habito hoc tam certo iuris fundamento, apertè definit, quod audenter dicere possis, hunc filium viuo patre suum esse desijsse, quia nec redit, nec potest redire.

Scæuola.

ILle casus in difficili est: si filium habeas, & nepotẽ nondũ natũ instituas, isque nascatur viuo patre suo, ac mox pater decedat. Non enim suus heres est, tempore quo nascatur: nec posteriore alijs succedendo prohiberi videtur rumpere, quam qui iam natus erit. Denique & superiori capite, vt liceat institui nondum natos, qui cum nascentur sui erũt, permittit. Posteriore capite, non permittit institui, sed vetat rumpi, neue ob eam rem minus ratum esset, quod succedit. Porro procedere debet, vt vtiliter sit institutus: quod nullo iure potuit, qui nondum natus erat, Iuliano tamen vi-

33

deretur, duobus quasi capitibus legis comixtis, in hoc quoque inducere legem, ne rumpantur testamenta. Quæremus tamen (cum recepta est Iuliani sententia) an si nascatur nepos viuo patre suo, deinde emancipetur, sponte adire possit hereditatem? Quod magis probandum est: nam emancipatione, suus heres fieri non potuit.

A Rotis,

Item & casus eiusmodi proponitur. Pater qui filium & ex eo grauidam nurum habuit, hoc aut simili modo testatus est. Filius heres esto: si filius me viuo suus heres esse desierit, quisquis ei suus heres successerit, heres esto: *accidit vt sic condito testamento, nepos viuente filio testatoris, patre scilicet suo nasceretur, natiuitate itaque sua, heres testatori factus non est, obstante ei patre suo herede, vnde hic nepos ad caput primum legis Velleæ non pertinebat, nam nati, vel nascituri sui heredes eô dumtaxat pertinent, eoque capite solo, institutio permissa fuit: sed hic nepos, nec suus heres natus fuerat, nec nascebatur.*

AD caput item secundum legis Velleæ, quo alieni liberi in ius suorum succedunt, nec hic nepos pertinet: nam ex eo capite, illi quidem prohiberi videntur à rum-

pendo

pende testamento, qui viuo testatore nati, morte intermedij parentis, in ius sui successerunt: sed secundi capitis autoritate, eos heredes scribi, aut exheredari permissum non fuit, in solo enim primo capite legis Velleæ permissum est, vt liberi superstites, necessario heredes instituerentur, aut exheredarentur, quanquam in secundo capite exprimeretur, si institutus aut exheredatus esset, non minus ratum esse habendum, quod alienus quõdam, nunc succederet etc. atque hinc rumpi vetaret. Concludit tamem, etiamsi nepos iste, testatori non suus, sed alienus nasceretur, & ob id nullo, siue (vt magis proprie loquamur) neutro iure, si vtrumuis seorsum expendatur, instituì potuerit, tamen admittendum esse, vt vtiliter institutus sit, commixtis scilicet, duobus illis legis Velleæ capitibus, vt ex primo capite, nudam institutionem, ex secundo autem, nudam institutionis capacitatem acciperet, & hæc Iuliani & Scæuolæ sententia est Quam ineptè autem glossatores, verba hæc Scæuolæ (quod nullo iure hic nepos instituì potuerit) acceperint, ex dictis satis apparet: vocula quidem nullum vniuersale signum est, quod tamen pro materia de qua agit, vniuersaliter tantum accipiendum est, hic autem Scæuola de duobus ijs legis Velleæ capitibus tantum disputat, itaque dũ dicit, Quod nullo iure institui potuerit, de neutrius capitis iure intelligi debet, nam vt iam ostensum est, neutro Iure capitum legis Velleæ, si seorsum

-acci

accipiantur, institui potuerāt. Eodem modo voculam nullus Cicero accepit [a], dum scriberet, cum vero non liceret mihi nullius partis esse, quia vtrobique magnos inimicos habebam, in ea castra fugi: *eodem modo & Meratius, si rectè animaduertimus, dum ait, superior pars ædificij, quæ nulli coniuncta est. Et hæc de proposito casu, ex cuius decisione, aliam quæstionē proponit: cum recepta sit Iuliani scilicet sententia, in casu declarato: quid si inquit nepos viuo patre natus, deinde emancipatus fuerit, qualis mortuo patre, deinde auo sit futurus heres, necessariusne an voluntarius? & sane emancipatione suus quidem esse desierit sed heres tamen permaneat, extraneum heredem siue voluntarium, quod idem est futurum.*

a lib. 10. ad plancum in epistola Pollionis.

Et hæc de lege Vellea. sufficiant.



